

ADOLFO SCALFATI

*Professore ordinario di Procedura penale – Università degli Studi di Roma Tor Vergata*

## Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento

### *Few considerations on cooperation in investigating crime and mutual recognition principle in the European judicial area*

---

La “circolazione” investigativo-probatoria appare una priorità dell’Unione Europea; però, senza una condivisione di regole, il fenomeno si presenta rischioso per i livelli di tutela e potrebbe non riuscire a semplificare davvero le cose.

*Although cooperation on investigating crime is one of the priorities of the EU, there are reasons to believe that this goal – besides the serious problems concerning the levels of protection for right-holders – could turn out to be a weak solution.*

---

#### **ECESSO DI FILIAZIONE NORMATIVA**

Sul piano generale, la disciplina europea “derivata” in materia di cooperazione penale non si sottrae ad una compulsione riformista.

Emerge una notevole effervescenza nella produzione normativa, soprattutto quanto alla progressiva e frastagliata latitudine degli atti di mutuo riconoscimento giudiziario, pietra angolare sulla quale poggia l’intero sistema. Citando esempi più recenti, il fenomeno ha innanzitutto determinato una significativa ricaduta nella decretazione attuativa italiana del primo semestre 2016. Ma non vanno dimenticate le ricorrenti fonti europee in tema di vittima del reato o di sequestro e confisca; né sottaciute le direttive sull’Ordine europeo d’indagine e sulla presunzione di non colpevolezza o il frammentario intervento sul diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale nella procedura esecutiva del MAE.

Dall’esuberanza legislativa nasce il bisogno di coordinamento, avvertito anche dal produttore di fonti quando è “tornato” di nuovo a limare materie sulle quali era già intervenuto, magari cogliendo l’occasione di ampliarne i contenuti.

Sul terreno della circolazione probatoria, l’obbiettivo della rivisitazione e del raggruppamento delle discipline è stato (quasi) conseguito tramite la direttiva sull’Ordine europeo d’indagine, la quale ingloba e sostituisce gli atti normativi precedentemente varati su temi specifici. Si allude alla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e relativi Protocolli, alla Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen, alla Convenzione relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione, alla decisione quadro in tema di mandato europeo di ricerca della prova, alla decisione quadro relativa all’esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio. Teoricamente, rientrano nell’Ordine europeo d’indagine anche l’attività degli agenti sottocopertura e le videoconferenze, sebbene queste ultime richiedano l’ausilio anche di altre fonti. Eppure qualcosa resta ancora fuori: il regime delle squadre investigative comuni continua ad essere disciplinato dalla Convenzione di Bruxelles.

Dall’esigenza di coordinare al livello europeo ci si sposta alla necessità di sincronizzare la produzio-

ne normativa interna quando “insegue” la fonte sovranazionale. Si corre il rischio di dar luogo a provvedimenti attuativi che perdono rapidamente aderenza al sistema sovranazionale, sovrapposti nei contenuti e bisognevoli di adeguamenti: non occorre una peculiare profondità di pensiero per intuire quanta incertezza produca l’accumulo legislativo in materia. Solo per citare un esempio, la direttiva sull’Ordine europeo d’indagine andrebbe attuata, tramite un’usuale legge delega, nel corso del 2017, coinvolgendo in gran parte le tematiche già oggetto della disciplina attuativa della Convenzione relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione (l. 21 luglio 2016, n. 149); in conformità a quest’ultima, peraltro, è stato approntato – in questi giorni – uno schema di decreto legislativo. È evidente che quando in Italia saranno introdotte le regole dettate dall’Ordine europeo d’indagine, la menzionata trama legislativa in corso di allestimento meriterà una attenta “ritessitura”.

Sarebbe meglio che il legislatore europeo limitasse il metodo atomistico, per orientare i propri sforzi verso la realizzazione di regole processuali comuni alle quali agganciare, poi, i provvedimenti sulle singole materie. Il criterio del mutuo riconoscimento, in assenza di norme generali condivise in tema di prova giudiziaria, per un verso, può non essere sufficiente a superare gli ostacoli frapposti dalle discipline statali nell’attuare le richieste di esecuzione e, per altro, rischia di produrre un fenomeno di “turismo probatorio”, soprattutto nei reati di criminalità transnazionale, proteso ad acquisire il materiale istruttorio nei Paesi la cui disciplina presenta un basso *standard* di legalità.

### TRE BREVI RILIEVI SU SEMPLIFICAZIONE E FLESSIBILITÀ

Al di là dei rilievi circa i singoli strumenti, sul terreno strutturale gli interventi normativi europei in materia di indagini e prove suscita qualche osservazione in ordine sparso.

Emerge, in primo luogo, una flessibilità di fondo dei contenuti prescrittivi, evidente anche nel carattere (volutamente) generico delle formule letterali prescelte dal compilatore, in modo da risultare quasi sempre compatibili con la sopravvivenza degli istituti processuali di ciascun Paese membro; propensione che, *en pendant*, al momento di impiego di un atto probatorio acquisito all’estero, umilia i modelli istruttori a più alto tasso di legalità, dissolvendo nomenclature e classificazioni fino, anzi, a determinarne ripensamenti, in forza di spinte *ab externo*.

All’orizzonte s’intravede un sistema integrato che, tuttavia, può determinare un distinto gradiente di qualità secondo che l’acquisizione investigativo-probatoria avvenga all’estero o nel territorio nazionale; una variabile che dipende dagli attori giudiziari, dalle forme, dai limiti dell’intervento e dal ruolo delle parti.

L’Europa indulge alla semplificazione delle procedure; tale fenomeno, giustificato sul postulato del mutuo riconoscimento, non è guidato da una *communis opinio* circa le fisionomie di “indagine” e di “prova”. Ed ecco, dunque, l’esigenza di prediligere un approccio pragmatico nel momento attuativo delle richieste cooperative, abbandonando l’affezione verso le modellistiche nazionali e puntando, invece, sulla concreta morfologia adottata nell’adoperare gli strumenti investigativo-probatori. La questione di presenta, in particolare, quando si tratta di valutare l’impiego di elementi istruttori che provengono dall’estero: qui occorre scandagliare l’*an* e *quomodo* acquisitivo per capirne la sorte nel giudizio nazionale.

Sulla circolazione probatoria in materia di DNA, per esempio, ci si potrebbe accontentare di elementi provenienti da banche dati di Paesi che utilizzano “screening di massa”, capaci di ignorare ogni principio di proporzionalità dello strumento rispetto al grado di intrusione nella *suitas* più intima dell’individuo? Ci si potrebbe appagare, ancora, dei risultati di un esame avvenuto tramite videoconferenza effettuata in collegamento con l’estero se le sue modalità, di fatto, minassero il diritto ad esaminare un collaborante accusatore?

Ed ecco il secondo rilievo, che assume natura di corollario: semplificazione e flessibilità nell’intervento cooperativo rischiano di dissolvere le soglie di tutela individuale contemplate dalla disciplina nazionale. Uno speculare accorgimento sta nel valorizzare principi prescritti o desunti dalle Carte sovranazionali: diritti di libertà (anche morale), caratteri della giurisdizione, contraddittorio e difesa dovrebbero costituire parametri inossidabili di esecuzione delle richieste probatorie; in ogni caso, pur assecondando tale prospettiva, non mancherebbero incertezze sui livelli di garanzia, stando a talune letture della Cedu o della Carta UE propugnate talvolta dalle Corti europee.

Infine, un’ultima considerazione: dall’Ordine europeo d’indagine emerge la tendenza ad adottare la

*lex fori* (quella del Paese che chiede l'acquisizione all'estero); perlomeno così sembra dalla lettura dell'art. 9 § 2 della direttiva n. 41/2014/UE, laddove preferisce – di regola – che l'atto probatorio sia assunto secondo le modalità dello Stato richiedente. È evidente la finalità pratica: abbassare il livello di rischio circa il mancato uso del risultato istruttorio approvvigionato con modalità incompatibili con la disciplina nazionale. Ma occorre insistere sull'*effettività* di tale aspetto. Non bastano nomi e formule; la scelta del giudice sull'impiego del materiale assunto all'estero richiede un'accurata e previa analisi del procedimento probatorio empiricamente adottato; per esempio, in materia di agenti infiltrati nelle organizzazioni criminali, non ci si potrebbe fidare di una procedura che ha consentito l'induzione o la provocazione al delitto da parte dell'operante, né di un'audizione all'estero in difformità dai ruoli processuali che egli sarebbe destinato ad assumere in Italia.